

## VU Research Portal

### Het einde van de kiloknallers? De grenzen aan zelfregulering van duurzaam vlees onder het kartelverbod

Ankersmit, L.J.

***published in***

Actualiteiten Mededingingsrecht

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Ankersmit, L. J. (2011). Het einde van de kiloknallers? De grenzen aan zelfregulering van duurzaam vlees onder het kartelverbod. *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2011(7), 149-155. [2].

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Het einde van de kiloknallers? De grenzen aan zelfregulering van duurzaam vlees onder het kartelverbod

Vanaf 2020 zal er alleen nog maar duurzaam vlees in de supermarkten mogen liggen; althans als het aan de ondertekenaars van het zogenaamde Verbond van Den Bosch ligt. Door middel van bindende afspraken die door de hele Nederlandse productie- en distributieketen gedragen worden, wil het Verbond van Den Bosch een bijdrage leveren aan de maatschappelijke wens om duurzamer te ondernemen. Deze goede bedoelingen zullen echter wel gewogen moeten worden tegen de regels van het mededingingsrecht. Het doel dat het Verbond van Den Bosch stelt, is daarmee een goed voorbeeld van het spanningsveld tussen samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemen en het publieke doel consumentenwelvaart te maximaliseren door de effectieve concurrentie tussen ondernemingen te waarborgen.

### Inleiding

Maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) en het mededingingsrecht worden soms gezien als water en vuur. Zo zullen de afspraken in de vleessector leiden tot uitsluiting van de zogenaamde kiloknallers, waarbij vooral op prijs wordt geconcentreerd; een beperking van de mededinging, die naar althans de bedoeling is ten goede komt aan de kwaliteit van het leven van het (te slachten) dier.<sup>1</sup> Aanhangers van MVO zijn vaak een voorstander van samenwerking of bepaalde afspraken tussen ondernemingen als dit een positieve uitwerking heeft op de maatschappelijke omgeving van die ondernemingen.<sup>2</sup> Het kartelverbod eist daarentegen van ondernemingen onderling geen mededingingsbeperkende afspraken te maken en beoogt daarmee ondernemingen zoveel mogelijk te laten dingen naar de gunst van de consument en zo efficiënt mogelijk te laten opereren.<sup>3</sup> Het beperken van de mededinging door middel van afspraken tussen ondernemingen onderling kan alleen worden gerechtvaardigd uit efficiency overwegingen en niet, of althans beperkt, op grond van niet-economische (publieke) belangen.<sup>4</sup> Überhaupt heerst er onder de aanhangers van zowel de Chicago school, als de

---

<sup>1</sup> Zie hierover eerder L. Duarte de Figueiredo, “Dierenwelzijn: niet-economisch belangrijk”, *AM* 2007, p. 139.

<sup>2</sup> W. Dubbink en F. P. van der Putten ‘Is Competition Law an Impediment to CSR?’, *Journal of Business Ethics* 2008, p. 381-395.

<sup>3</sup> Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97–118) op punt 13: “Doel van de communautaire mededingingsregels is de mededinging op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen.”

<sup>4</sup> Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 *supra* n. 3. Zie ook E.M.H. Loozen, ‘Zelfregulering door en voor de vrije beroepen: toch maar liever geen algemeen belang rule of reason’, *NTER* 2007, p. 153-162.

ordo-liberale school een brede consensus dat mededingingsbeleid ‘speciaal’ beleid is waarin enkel rekening kan worden gehouden met economische belangen;<sup>5</sup> en dus niet met publieke belangen, hoe nobel ook. Bij goed functionerende markten leidt dit ertoe dat MVO alleen mogelijk is als de consument dit waardeert door er zelf voor te kiezen en waaruit volgt dat niet-economische belangen bij zelfregulering niet in aanmerking kunnen worden genomen. In dit model, zouden het dan de consumenten moeten zijn die voor (het duurdere) scharrel-/biologisch vlees kiezen en niet meer voor de kiloknallers.

MVO beoogt juist dat ondernemingen niet louter handelen vanuit winstoogmerk, maar handelen in een bredere maatschappelijke context. Als de consumenten niet zelf voor diensten of producten kiezen van MVO en de ondernemingen dus niet unilateraal kunnen overstappen op MVO, is MVO makkelijker te bereiken wanneer de concurrentiedruk kan worden weggenomen door onderling afspraken te maken over MVO in een bepaalde sector, de zogenaamde zelfregulering. Hoewel beperking van de concurrentie natuurlijk niet noodzakelijk is voor MVO, sterker nog het kan zelfs concurrentieversterkend werken,<sup>6</sup> zien voorstanders van MVO mededingingsrecht als een obstakel voor de realiseerbaarheid van MVO: “*you can have CSR or competition, but not both.*”<sup>7</sup> Het recente MVO initiatief, waarbij supermarkten, veehouders en vleesproducenten in Nederland zich willen binden aan het doel om in 2020 alleen nog maar duurzaam vlees te verkopen, is een van de actuele voorbeelden van het spanningsveld tussen MVO en het mededingingsrecht.<sup>8</sup>

Dit artikel gaat in op de vraag in hoeverre het mededingingsrecht ruimte laat voor zelfregulering omtrent MVO met mededingingsbeperkende effecten, waarbij de recente zelfregulering van de vleessector centraal staat. Zelfregulering in de vleessector, al dan niet ondersteund door de overheid, van niet-economische belangen door concurrerende ondernemingen kan de mededinging beperken als

---

<sup>5</sup> Bork stelt ‘The antitrust laws (...) have only one legitimate goal and that goal can be derived as rigorously as any theorem in economics (...) the only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare’. ‘The distribution of (...) wealth or the accomplishment of noneconomic goals are the proper subjects of other laws’ in R. Bork, *The Antitrust paradox: A policy at War with Itself*, New York: Basic Books 1978, p. 9 en 426. Voor de ordo-liberale benadering zie verwijzingen in S. Kingston, ‘Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition isn’t Special’ *European Law Review* 2010, p 780-805 op p. 807. Het Gerecht heeft ook een dergelijke benadering gekozen in T-30/89 *Hilti t. Commissie* r.o. 118. Zie ook Milton Friedman, die beargumenteerd heeft dat elk belang dat een bedrijf dient anders dan het vergroten van de aandeelhouderswaarde een stap richting het socialisme is: M. Friedman, ‘The social responsibility of business is to increase its profits’, *New York Times*, 13 september 1970.

<sup>6</sup> S. Kröger ‘Corporate social responsibility: Assessing the scope for an EU policy’, in: *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 225-250; Dubbink, *supra* n. 2.

<sup>7</sup> *Supra* n. 2 p. 381.

<sup>8</sup> Commissie van Doorn, *Al het vlees duurzaam: De doorbraak naar een gezonde, veilige en gewaardeerde veehouderij in 2020* geraadpleegd op 11 oktober 2011 via <http://www.brabant.nl/~media/A03E3DB9102E49C595D563B2E2CB6ACD.pdf>

dit leidt tot minder keuzevrijheid voor de consument en controle over een belangrijk aspect van de productie van vlees. Er zijn desalniettemin drie mogelijkheden om dergelijke mededingingsbeperkingen te verenigen met het kartelverbod. Ten eerste kan zelfregulering van de vleessector onder de uitzondering van de zogenaamde ‘inherente beperkingen’ vallen (zoals in de zaak *Wouters*); de toepassing van die ‘inherente beperkingen’-leer roept wel vragen op over de legitimiteit van zelfregulering, met name in verhouding met bestaande publiek(rechtelijk)e normen in de vleessector. Ten tweede kunnen dergelijke beperkingen van de mededinging mogelijk worden gerechtvaardigd door een beroep te doen op lid 3 van artikel 101 VWEU, zoals bijvoorbeeld toegepast door de Commissie in *CECED*-zaak betreffende energiezuinige – en dus milieuvriendelijke – wasmachines. Tot slot kan de overheid zelfregulering ‘omzetten’ in publiekrechtelijke normen, al zal dit door de ‘nuttig effect’-doctrine niet noodzakelijkerwijs leiden tot verenigbaarheid van die normen met het mededingingsrecht. Alvorens deze drie mededingingsrechtelijke analyses te maken, zal eerst nog kort worden uiteengezet wat de afspraken zijn onder het Verbond van Den Bosch.

## Het Verbond van Den Bosch

Het Verbond van Den Bosch is een manifest voor de verduurzaming van de veehouderij dat onlangs is ondertekend door alle grote Nederlandse supermarktketens, agribusiness, brancheorganisaties, maatschappelijke organisaties en de Provincie Noord-Brabant. Het manifest is opgesteld door de Commissie van Doorn op verzoek van de Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant. Het doel van het manifest is dat in 2020 alleen duurzaam vlees wordt verkocht in Nederland waarbij een belangrijke rol is weggelegd voor de supermarkten. Om dat te bereiken moet in 2020 onnodig gebruik van antibiotica bij het houden van vee worden uitgebannen, de helft van het eiwitrijke diervoer uit Europa worden gehaald en het te importeren diervoer gegarandeerd duurzaam zijn. Door de ondertekenaars zal ook een onafhankelijke regievoerder worden ingesteld die zal toezien op de realisatie van de afspraken gemaakt door het Verbond.

De inhoud van het rapport bevat een aantal suggesties en passages die bij iedereen die vertrouwd is met het mededingingsrecht enkele alarmbellen zal doen laten rinkelen. Het Verbond streeft namelijk naar “niet-vrijblijvende afspraken”<sup>9</sup>, “geldend voor de gehele voedselkolom”<sup>10</sup>, waarbij “free riders” worden uitgebannen<sup>11</sup>, onder meer door een klokkenluidersregeling.<sup>12</sup> Deze maatregelen zijn nodig, omdat de onwillende consument nog altijd de voorkeur geeft aan het goedkope (bio)industriële vlees boven duurzaam vlees.<sup>13</sup> Als klap op de vuurpijl stelt het Verbond dat de afspraken ertoe zullen leiden

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem, p. 5.

<sup>11</sup> Idem, p. 3-22.

<sup>12</sup> Idem, p. 21.

<sup>13</sup> Idem, p. 10.

dat “de veehouder zich niet bovenmatig zorgen (hoeft) te maken over zijn voortbestaan”<sup>14</sup> bij de keuze voor de productie van duurzaam vlees.

Het moge duidelijk zijn dat bindende afspraken die gelden voor de gehele productieketen om een bepaalde manier vlees te produceren mededingingsbeperkende effecten kunnen hebben. Deze vorm van zelfregulering in de vleessector heeft het meeste weg van een standaardiseringsovereenkomst, waarbij de norm het produceren en verkopen van duurzaam vlees is.<sup>15</sup> Een van de mogelijke mededingingsbeperkende effecten van het Verbond is dat de overeenkomst zorgt voor een bepaalde mate van controle over de productie van vlees en leidt de overeenkomst uitsluiting van andere ondernemingen die op een andere (dieronvriendelijkere en goedkopere) manier vlees produceren.<sup>16</sup> De vrijheid van vleesproducenten en supermarkten om alternatieve normen te ontwikkelen voor duurzaam vlees en de transparantie bij het ontwikkelen van een norm spelen daarbij ook nog een rol bij de analyse van de mededingingsbeperkende effecten van het Verbond. Als de overeenkomst de ondernemingen verplicht uitsluitend producten te maken en te verhandelen die in overeenstemming zijn met de gestelde normen, zal het mededingingsbeperkende effect groter zijn.<sup>17</sup> De afspraken zullen ook leiden tot een beperking van de keuzevrijheid van de consument omdat de consument niet meer in staat wordt gesteld om het goedkopere niet-duurzame vlees te kopen bij de grote Nederlandse supermarktketens. Bij de waardering van de beperkingen van de mededinging is natuurlijk ook van belang of er nog voldoende concurrentie mogelijk is op andere aspecten van de vleesproducten, zoals de kwaliteit, de prijs, het merk, en andere producteigenschappen.<sup>18</sup>

## Zelfregulering als ‘inherente beperking’

Initiatieven zoals het Verbond van Den Bosch zijn een vorm van zelfregulering en doen daarom denken aan de jurisprudentie van het Hof in de zaken *Wouters* en *Meca-Medina*. De zaak *Wouters* is vooral bekend vanwege de discussie omtrent het bestaan van de rule of reason binnen lid 1 van artikel 101 VWEU.<sup>19</sup> De zaak betrof echter ook de rechtmatigheid onder de mededingingsregels van een vorm van

---

<sup>14</sup> Idem, p. 6.

<sup>15</sup> Mededeling van de Commissie — Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1–72) punten 257-335.

<sup>16</sup> Idem, punt 329.

<sup>17</sup> Idem, punt 293.

<sup>18</sup> Idem, punt 270.

<sup>19</sup> A. J. Vossestein, ‘Case C-35/99, Arduino, Judgment of 19 February 2000, Full Court; Case C-309/99, Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Judgment of 19 February 2002, Full Court; not yet Reported’, *Common Market Law Review* 2002, p. 841-863.

zelfregulering door de advocatuur, waarbij een regeling van de Nederlandse Orde van Advocaten niet toestond dat advocaten een samenwerkingsverband aangingen met niet-advocaten, zoals accountants.

Nadat het Hof had vastgesteld dat een dergelijke maatregel de mededinging kon beperken, in het bijzonder droeg de maatregel bij tot “het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen”,<sup>20</sup> concludeerde het Hof, in een benadering die vergelijkbaar is met vrij verkeer zaken,<sup>21</sup> dat deze beperkingen van de mededingingen echter inherent zijn aan het beschermen van niet-economische belangen. Het Hof stelt dat niet elke overeenkomst tussen ondernemingen die de handelingsvrijheid van die ondernemingen beperkt noodzakelijkerwijs onder het kartelverbod valt. Integendeel, bij de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU dient rekening te worden gehouden met het doel van de beperkingen en de algehele context waarin de beperking plaatsvindt. In *Wouters* was het doel en de context van de beperking het garanderen van kwaliteit van die diensten van de advocaat voor de consumenten van dergelijke dienstverlening. Volgens het Hof moest daarom worden onderzocht of de “daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent [waren] aan deze nagestreefde doeleinden.”<sup>22</sup> Het Hof concludeerde uiteindelijk dat de regeling “geen inbreuk maakt op artikel [101], lid 1, van het Verdrag, aangezien deze instelling zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd.”<sup>23</sup>

De vraag is of zelfregulering in de vleesindustrie ook in aanmerking komt voor de uitzondering zoals geformuleerd in *Wouters*. Is bijvoorbeeld het tegengaan van het onnodig gebruik van antibiotica of het gebruik van duurzaam veevoeder in de veehouderij inherent aan het product vlees? Uit *Wouters* kan worden afgeleid dat niet-economische belangen als inherente beperkingen kunnen worden gekwalificeerd: het Hof achtte het noodzakelijk voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat dat bepaalde samenwerkingsverbanden met accountants niet moesten worden toegestaan. Vanuit het perspectief van de deontologie was de beperking noodzakelijk, maar het is maar zeer de vraag of dit ook zo is vanuit economisch perspectief. Hetzelfde kan betoogd worden voor duurzame productie van vlees vanuit het perspectief van het milieu of dierenwelzijn: het onnodig gebruik van antibiotica of het gebruik van duurzaam veevoeder is noodzakelijk voor de duurzame productie van vlees.

Het Hof heeft in *Meca-Medina* vastgesteld dat de *Wouters* uitzondering in ieder geval niet beperkt is tot zelfregulering in de advocatuur maar ook geldt voor bepaalde zelfregulering in de sportwereld. Het Hof bepaalde dat de anti-doping regels van de FINA (de internationale zwembond) weliswaar de mededinging beperkte maar dat deze beperking “onlosmakelijk [is] verbonden met de organisatie en het

---

<sup>20</sup> Artikel 101, lid 1 onder b VWEU.

<sup>21</sup> R. O'Loughlin, ‘EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ *Wouters* decision’ *European Competition Law Review* 2003 p. 62-69.

<sup>22</sup> HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 *Wouters*, punt 95-97.

<sup>23</sup> Idem, punt 110.

goede verloop van de sportcompetitie en beoogt juist een gezonde wedijver tussen de sporters te verzekeren.”<sup>24</sup> Daarbij moet de beperking van de mededinging niet verder gaan dan noodzakelijk is om een door het Hof vastgesteld legitiem doel te bereiken. Het risico voor een hellend vlak, waarbij de noodzakelijkheid van een bepaalde beperking snel wordt aangenomen, lijkt hier door de eis van onlosmakelijke verbondenheid enigszins ingeperkt: het uitbannen van het onnodig gebruik van antibiotica en het gebruik van duurzaam veevoeder moet onlosmakelijk verbonden zijn met de productie van vlees.

In de context van het vrij verkeer, waarop deze benadering van het Hof veel lijkt,<sup>25</sup> is zowel het milieu<sup>26</sup> als dierenwelzijn<sup>27</sup> als een legitiem doel erkend waarbij beperkingen van het vrije verkeer kunnen worden gerechtvaardigd. Op grond van deze doelen zal een beroep op de ‘inherente beperkingen’-leer bij zelfregulering van de vleessector echter alleen mogelijk zijn bij gebreke van door de EU vastgestelde regels.<sup>28</sup> In dat verband kan worden opgemerkt dat er al een regeling op EU niveau bestaat over de toevoeging van antibiotica in diervoeders in de veehouderij.<sup>29</sup> Bovendien is het maar de vraag of een beroep op *Wouters* mogelijk is als er al nationale maatregelen zijn vastgesteld die dergelijke publieke belangen in de vleesindustrie beogen te behartigen. Men mag aannemen dat het vaststellen door de overheid van het beschermingsniveau van een algemeen belang, zoals de al bestaande regels omtrent het toevoegen van antibiotica in veevoeder, niet in twijfel kan worden getrokken door een beroep op een hoger beschermingsniveau van een dergelijk belang door de particuliere sector.

Ook bij de afwezigheid van publiekrechtelijke normen roept het aanvoeren van dergelijke rechtvaardigingsgronden door ondernemingen die de mededinging beperken vragen op over de (democratische) legitimiteit van zulke claims.<sup>30</sup> Aan de ene kant kan men zich op het standpunt stellen dat alleen overheden zich moeten kunnen beroepen op dergelijke belangen aangezien de overheid de publieke zaak vertegenwoordigt. Aan de andere kant is het de vraag of tegenwoordig maatschappelijke betrokkenheid van ondernemingen niet moet worden gestimuleerd. Dit probleem is weliswaar in de literatuur<sup>31</sup> en recentelijk nog door Advocaat-Generaal Mazák gesignaleerd,<sup>32</sup> maar is (nog) niet expliciet

---

<sup>24</sup> HvJ EU 18 juli 2006 zaak C-519/04 P *Meca-Medina*.

<sup>25</sup> M. Monti, ‘Article 81 and Public Policy’ *Common Market Law Review* 2002 p. 1057-1099; zie recentelijk ook HvJ EU 13 oktober 2011 C-439/09 *Dermo-Cosmétique* punt 44.

<sup>26</sup> HvJ EU 14 april 1982 gevoegde zaken 141-143/81 *Holdijk*.

<sup>27</sup> HvJ EU 20 september 1988 zaak 302/86 *Commissie/Denemarken* punt 8; HvJ EU 13 maart 2001 zaak C-379/98 *PreussenElektra* punt 68-82.

<sup>28</sup> HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 *Wouters*, punt 99.

<sup>29</sup> Zie *infra* n. 52.

<sup>30</sup> Zie Loozen *supra* n. 4.

<sup>31</sup> Idem, zie ook Monti *supra* n. 25 en A. Komninos, ‘Non-Competition Concerns resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC’ *EUI Working Paper* 2004.

door het Hof behandeld. In *Hilti* stelde het Gerecht al wel eens (in de context van artikel 102 VWEU) dat “het zeker niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt [is, om] op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij al of niet terecht als gevaarlijk of althans van mindere kwaliteit dan haar eigen producten beschouwt, te elimineren.”<sup>33</sup>

### **CECED: Zelfregulering in het belang van de consument**

Mochten de afspraken van het Verbond wel onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU vallen, kan mogelijkwerwijs een beroep worden gedaan op de rechtvaardigingsgronden van lid 3 van artikel 101 VWEU (een toepasselijke groepsvrijstelling hiervoor acht ik onaannemelijk). De uitzonderingsgronden voor het kartelverbod hebben, in tegenstelling tot de uitzonderingsgronden voor beperkingen van het vrij verkeer, een economisch karakter omdat hier de positieve economische gevolgen van beperkende overeenkomsten onderzocht wordt.<sup>34</sup> In tegenstelling tot de *Wouters* gaat het hier vooral om de afweging tussen mededingingsbeperkende tegen mededingingsbevorderende, althans voor de consument welvaartsvergroten, effecten van de overeenkomst.<sup>35</sup> Dit betekent dat MVO initiatieven onder artikel 101 lid 3 VWEU alleen kunnen worden vrijgesteld als er ook positieve economische effecten van uit gaan in het belang van de afnemer en niet alleen publieke belangen.

Desalniettemin kunnen niet-economische belangen daarbij toch een rol spelen door de zogeheten integratie-artikelen in het VWEU: het verdrag vereist in artikel 13 VWEU dat de Unie en haar lidstaten bij het uitvoeren van het beleid van de Unie op het gebied van onder andere de interne markt ten volle rekening houden met dierenwelzijn. Ook de “eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.”<sup>36</sup> De Commissie stelt in haar richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU dat dergelijke verdragsdoelstellingen in

---

<sup>32</sup> Conclusie AG Mazák 3 maart 2011 in C-439/09 *Dermo-Cosmétique* punt 35: “Vrijwillige particuliere maatregelen, die zijn opgenomen in een overeenkomst, kunnen buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG vallen mits de opgelegde beperkingen in het licht van het nagestreefde legitieme doel gepast zijn en niet verder gaan dan noodzakelijk is, in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. Naar mijn mening dient het nagestreefde legitieme doel van publiekrechtelijke aard zijn, dus gericht op de bescherming van een openbaar goed, en verder te reiken dan de bescherming van het imago van de betrokken producten of de wijze waarop een onderneming haar producten aan de man wenst te brengen.”

<sup>33</sup> Gerecht EU 12 december 1991 zaak T-30/89 *Hilti t. Commissie* Jurispr. p. II-01439 punt 118.

<sup>34</sup> Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 *supra* n. 3, punt 32.

<sup>35</sup> *Idem*, punt 30.

<sup>36</sup> Artikel 11 VWEU, zie ook H.H.B. Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* Groningen: Europa Law Publishing 2003; XXX.



aanmerking kunnen worden genomen “in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel [101], lid 3, kunnen worden begrepen.”<sup>37</sup>

Hoewel een economische analyse het uitgangspunt is, biedt de interpretatie van de vier cumulatieve voorwaarden zoals verwoord in artikel 101 lid 3 VWEU mogelijkheden voor MVO initiatieven die de mededinging beperken. Het beste voorbeeld daarvan is de door de Commissie verleende ontheffing voor het kartelverbod in *CECED*,<sup>38</sup> een situatie die sterk overeenkomt met de beoogde zelfregulering in de vleessector. De ontheffing betrof een overeenkomst tussen wasmachineproducenten en handelaren om niet langer bepaalde types wasmachine op de Europese markt te brengen, omdat die types milieuonvriendelijk waren, vanwege hun hoge energieverbruik. De Commissie oordeelde dat een dergelijke overeenkomst mededingingsbeperkend was, omdat niet over het gehele assortiment van wasmachines kon worden geconcentreerd en de keuzemogelijkheden voor de consument en de technische diversiteit werd beperkt.<sup>39</sup> Desalniettemin voldeed de overeenkomst aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU. Ten aanzien van het eerste vereiste – de bijdrage tot economische of technologische vooruitgang – was het niet moeilijk voor de Commissie om vast te stellen dat de overeenkomst ervoor zorgde dat efficiëntere en meer geavanceerde wasmachines op de markt kwamen. Dit leidde tot minder elektriciteitsverbruik en daardoor ook tot minder milieuvervuiling.<sup>40</sup>

Het meest opmerkelijke aan *CECED* zijn echter de overwegingen van de Commissie met betrekking tot de voordelen die werden doorgegeven aan de gebruikers. Hoewel wasmachineconsumenten werden beperkt in hun keuzevrijheid en daarmee werden overgeleverd aan de aanschaf van duurdere wasmachines, terwijl (zo bleek uit het onderzoek van de Commissie) er wel degelijk een markt was voor milieuonvriendelijke wasmachines, nam de Commissie in haar overweging mee dat behalve de consument op aangrenzende markten (minder energieverbruik) profiteerde van de efficiencyvoordelen maar ook de samenleving als geheel van de overeenkomst. De Commissie stelde dat “redelijke uitgangspunten lijken erop te wijzen dat de maatschappelijke voordelen die uit de *CECED* overeenkomst voortvloeien, meer dan zevenmaal groter zijn dan de stijging van de aanschafkosten van wasmachines met een betere energie-efficiëntie. *Deze maatschappelijke milieuvoordelen zouden in voldoende mate naar de verbruikers toevloeien, ofschoon de kopers van wasmachines zelf geen individuele voordelen zouden ontvangen.*”<sup>41</sup> Deze – mijns inziens wat paternalistische benadering – van de Commissie ten

---

<sup>37</sup> Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 punt 42.

<sup>38</sup> Beschikking nr. 2000/475/EG van de Commissie van 24 januari 1999 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak nr. IV.F.1/36.718 - *CECED*) (*PbEU* 2000 L 187/47); zie ook horizontale richtsnoeren punt 329.

<sup>39</sup> *CECED supra* n. 38 punt 30-37.

<sup>40</sup> *Idem*, punt 47- 51.

<sup>41</sup> *Idem*, punt 56.

opzichte van de consument van wasmachines wringt enigszins met de *consumer welfare* benadering die de Commissie in het algemeen voorstaat bij het toepassen van de mededingingsregels.<sup>42</sup>

In de huidige richtsnoeren van de Commissie bij de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU heeft de Commissie deze benadering overgenomen. Daarbij preciseert de Commissie evenwel dat “negatieve effecten voor de gebruikers op een geografische of productmarkt kunnen doorgaans niet opwegen tegen en worden gecompenseerd door positieve effecten voor gebruikers in een andere, niet-verwante geografische of productmarkt. Wanneer evenwel twee markten verwant zijn, kunnen de op afzonderlijke markten behaalde efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, mits de gebruikers die door de beperking worden getroffen en de gebruikers die van de efficiëntiewinsten profiteren, grotendeels dezelfde groep zijn.”<sup>43</sup> Daarbij stelt de Commissie ook dat “de samenleving als geheel baat [heeft] bij de voordelen indien de efficiëntieverbeteringen erin resulteren dat ofwel minder hulpbronnen worden gebruikt voor het vervaardigen van de geconsumeerde producten of waardevollere producten worden vervaardigd, hetgeen leidt tot een doelmatigere middelenallocatie.”<sup>44</sup>

Desalniettemin biedt deze benadering wel kansen voor MVO initiatieven: profijt voor de samenleving als geheel leidt tot profijt voor de individuele consument. Een MVO initiatief dat (aantoonbaar) voordelen biedt voor de samenleving maar niet direct voor de consument kan mogelijkserwijs toch voldoen aan het tweede vereiste van artikel 101 lid 3 VWEU. De vraag is echter of het milieuvoordeel voor de samenleving als geheel *zelfstandig* ertoe kan leiden dat voldaan wordt aan het tweede vereiste van artikel 101 lid 3 VWEU, of dat de consumenten op een andere markt voordelen moeten toekomen door de mededingingsbeperkende afspraak. De benadering van de Commissie lijkt er eerder op te duiden dat het voordeel voor de samenleving als geheel moet samengaan met een voordeel dat de consument, al dan niet vrijwillig, toekomt op een andere markt.

Bij de voorgestelde maatregelen van het Verbond van Den Bosch zijn er inderdaad voordelen voor de samenleving als geheel zoals een mindere belasting van het milieu en een groter dierenwelzijn. De consument van het duurzame vlees zal eventueel ook een voordeel toekomen in de vorm van een kwaliteitsverbetering van het vlees. Dat de consument dit zelf niet inziet door zelf een voorkeur te hebben voor kiloknallers, maakt volgens de redenering van de Commissie in beginsel niet uit. Immers, er was ook een markt milieuonvriendelijke wasmachines in *CECED* en toch leidde dit bij de Commissie tot de conclusie dat de consument op de lange termijn voordeel had in de vorm van een besparing op de elektriciteitskosten. Dit voordeel was echter eenvoudig te kwantificeren in *CECED*, en dit is een stuk lastiger bij het vaststellen van de voordelen voor de consument van duurzaam vlees. Bovendien zijn er geen voordelen, niet op de korte of lange termijn, te voorzien op andere markten bij het uitsluiten van niet-duurzaam vlees zoals in *CECED*.

---

<sup>42</sup> Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 *supra* n. 3.

<sup>43</sup> Idem, punt 43.

<sup>44</sup> Idem, punt 85.

Tot slot zijn de vereisten van onmisbaarheid van de beperking voor de realisatie van de overeenkomst en het bestaan van voldoende restconcurrentie twee hordes die moeilijk te nemen zijn voor het Verbond van Den Bosch. Wat betreft de eerste eis stelt de Commissie dat “beperkingen in standaardiseringsovereenkomsten die een norm bindend maken en in de bedrijfstak verplicht stellen, zijn in principe niet onmisbaar.”<sup>45</sup> Daar kan tegen worden aangevoerd dat de Commissie in *CECED* geen moeite had met vast te stellen dat het uitbannen van milieuonvriendelijke wasmachines onmisbaar was, omdat minder vergaande maatregelen zoals informatieverstrekking aan de consument onvoldoende effectief bleken.<sup>46</sup> Ook kan nog worden opgemerkt dat het vereiste van voldoende restconcurrentie natuurlijk niet alleen afhangt van de deelnemers aan het initiatief, maar ook of er nog andere concurrentie mogelijk blijft op andere eigenschappen dan duurzaamheid van vlees.

## De nuttig-effect-doctrine

Overigens erkent de Commissie van Doorn zelf dat de afspraken problematisch kunnen zijn met het oog op het mededingingsrecht:

“De niet-vrijblijvende stap naar antibioticagezond vlees raakt gevestigde belangen. Opponenten zullen de maatregel als marktverstoring ervaren. Partijen zullen (individueel of gezamenlijk) zich niet aan de nieuwe spelregels willen houden. Als je lange tijd voor een dubbeltje op de eerste rang hebt gezeten, is het moeilijk een andere realiteit (het algemeen belang van duurzame veehouderij) te accepteren. De te verwachten weerstand tegen privaatrechtelijke afspraken, gemaakt tussen de verbondspartners in de voedselkolom, vereist dat deze afspraken publiekrechtelijk geborgd worden. Juist omdat het stellen van extra, zogeheten bovenwettelijke eisen volgens het mededingingsrecht nooit mag leiden tot marktuitsluiting van ondernemers. Allereerst vraagt de commissie in dit kader om bestaande wet- en regelgeving (nationaal en Europees) daadwerkelijk toe te passen en na te leven. In dat geval is geen sprake van marktuitsluiting, omdat partijen aan de wet moeten voldoen.”<sup>47</sup>

De Commissie van Doorn stelt dat eventuele mededingingsbeperkende maatregelen aan de toepassing van het mededingingsrecht ontsnappen als de overheid de afspraken ‘omzet’ in publieke normen, immers artikel 101 VWEU is geadresseerd aan ondernemingen en niet aan de overheid. Zo eenvoudig is het helaas niet. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat lidstaten niet het nuttig effect ontnemen van de mededingingsregels door afspraken in strijd met het mededingingsrecht tot publieke normen te verheffen.<sup>48</sup> In *BNIC t. Clair* stelde het Hof immers dat “een handeling van de overheid, die erop is gericht de overeenkomst verbindend te maken voor alle betrokken economische subjecten, ook

---

<sup>45</sup> Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten *supra* n. 15, punt 318.

<sup>46</sup> Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, punt 62.

<sup>47</sup> Commissie van Doorn, *supra* n. 8.

<sup>48</sup> HvJ EU Hof van 16 november 1977, zaak 13/77 *INNO*, Jurispr. blz. 2115, punt 33.

indien zij geen partij waren bij de overeenkomst, niet tot gevolg kan hebben, dat de overeenkomst aan de toepassing van artikel [101], lid 1, wordt onttrokken”;<sup>49</sup> de zogenaamde nuttig-effect-doctrine.

Hierbij is het spanningsveld tussen het mededingingsrecht, MVO en publiek-private samenwerking goed zichtbaar. Het kan niet zo zijn dat de nuttig-effect-doctrine ertoe leidt dat elke maatregel genomen door de overheid met een effect op de mededinging niet meer kan worden toegepast. Dit zou een enorme inperking zijn van de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten. Een van de voorwaarden van de nuttig-effect-doctrine is daarom dat de nuttig effect doctrine alleen geldt als er sprake is van een afspraak tussen ondernemingen.<sup>50</sup> Aan de andere kant kunnen overheidsmaatregelen mededingingsverstorende effecten hebben zoals wanneer overheidsmaatregelen prijzen reguleren of ondernemingen uitsluiten van bepaalde markten. De effectiviteit van de mededingingsregels kan zwaar onder druk komen te staan als het verheffen van kartelafspraken tot publieke norm leidt tot het buiten spel zetten van de mededingingsregels. Volgens de rechtspraak in *Van Eycke* zal iedere overheidsmaatregel, ongeacht of dit nu om een MVO-initiatief gaat, die met artikel 101 VWEU “strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.”<sup>51</sup>

Overigens moet bij het overnemen van de maatregelen voorgesteld door de Commissie van Doorn ook rekening gehouden worden met secundair EU recht, de interne markt regels en zelfs internationale verplichtingen die voortvloeien uit de WTO-verdragen. Zo regelt Verordening 767/2009/EG betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders welke toevoegingsmiddelen en in welke hoeveelheden in diervoeder mogen zitten voordat zij in de handel mogen worden genomen.<sup>52</sup> De omzetting van de afspraak dat alleen antibioticavrij vlees mag worden verhandeld naar een publieke norm, vereist in ieder geval dat Nederlandse regelgeving in overeenstemming is met deze verordening.

Bij afwezigheid van secundaire regels over duurzaam vlees is het nog de vraag of eventuele beperkingen van het vrij verkeer van goederen (het uitsluiten van niet-duurzaam vlees in de Nederlandse supermarkten heeft effecten op de import van dat vlees naar Nederland) kunnen worden gerechtvaardigd ofwel door de bepalingen in artikel 36 VWEU ofwel door dwingende vereisten van algemeen belang. Daarbij is het de vraag of de Nederlandse maatregelen niet verder gaan dan strikt

---

<sup>49</sup> HvJ EU 30 januari 1985, zaak 123/83 *BNIC t. Clair* punt 23.

<sup>50</sup> HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-35/99 *Arduino* jurispr. I-1529 ; HvJ EU 17 november 1993, zaak C-2/91 *Meng* Jurispr. blz. I-5751 punt 14.

<sup>51</sup> HvJ EU 21 september 1988 , zaak 267/86 *Van Eycke* punt 16.

<sup>52</sup> Verordening (EG) nr. 767/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende het in de handel brengen en het gebruik van diervoeders, tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1831/2003 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 79/373/EEG van de Raad, Richtlijn 80/511/EEG van de Commissie, Richtlijnen 82/471/EEG, 83/228/EEG, 93/74/EEG, 93/113/EG en 96/25/EG van de Raad en Beschikking 2004/217/EG van de Commissie (*PbEU* 2009, L 229/1).

noodzakelijk is om het doel te bereiken als onvoldoende rekening wordt gehouden met buitenlandse normen omtrent duurzaam vlees. Daarbij komt dat de wens om niet duurzaam geproduceerd diervoer van buiten Europa te weren mogelijk in strijd is met het WTO recht. Het weren van producten op grond van het productieproces is al decennialang onderwerp van een verhitte en aanhoudende discussie door de vermeende bemoeienis met regelgeving in andere landen.<sup>53</sup> Het is nog maar de vraag of Europese of nationale overheidsmaatregelen die toets kunnen doorstaan en het lijkt paradoxaal genoeg in dit verband veiliger om deze normen in de private sfeer te houden.<sup>54</sup>

## Slotbeschouwing

Hoewel het mededingingsrecht in beginsel weinig op heeft met afspraken tussen ondernemingen die de onwillende consument buiten spel proberen te zetten, laat het desalniettemin ruimte voor mogelijke beperkingen van de mededinging door MVO zelfregulering, zoals het recente initiatief van het Verbond van Den Bosch. Allereerst kunnen mededingingsbeperkende effecten door MVO zelfregulering inherent zijn aan een legitiem niet-economisch doel, zoals bijvoorbeeld het milieu of dierenwelzijn. In dat geval, en bij gebreke aan publiekrechtelijke regels, valt dergelijke zelfregulering buiten het kartelverbod. Wel moeten de beperkingen van de mededinging door zelfregulering van duurzaam vlees niet verder gaan dan noodzakelijk is om doelen zoals het beschermen van het milieu en dierenwelzijn te bereiken.

Daarnaast biedt de rechtvaardigingsgrond in lid 3 van artikel 101 VWEU mogelijk uitkomst voor MVO zelfregulering van de vleessector, al dient die analyse wel binnen het keurslijf van de mededingingsrechtelijke uitgangspunten plaats te vinden. Daarbij is vooral van belang of en hoe het doorgeven van het economische voordeel aan de consument ruimte biedt aan MVO- initiatieven zoals het Verbond van Den Bosch. De duurzame productie van vlees biedt mogelijk voordelen voor consument door een kwaliteitsverbetering in het product of door middel van een milieuvoordeel dat de gehele samenleving toekomt. De nuttig effect doctrine, tot slot, beperkt de mogelijkheden om buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod te vallen door zelfgereguleerde normen te verheffen tot wettelijke normen en er moet bovendien door de wetgever rekening worden gehouden met Europese en internationale afspraken.

Of dit uiteindelijk betekent dat de afspraken van het Verbond van Den Bosch door de beugel kunnen valt echter nog te bezien. Het mededingingsrecht biedt de consument die niet kiest voor een diervriendelijk lapje vlees, maar door prijsconcurrentie voor kiloknallers blijft kiezen, veel waarborgen, waardoor zelfregulering van de vleessector wordt bemoeilijkt. Het is dan vooral aan de wetgever om publiekrechtelijke normen te stellen die instaan voor duurzame productie van vlees en het dier een beter leven moeten garanderen.

---

<sup>53</sup> Zie o.a. R. Howse en D. Regan, 'The Product/Process Distinction—An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy', *European Journal of International Law* 2000 p. 249- 289.

<sup>54</sup> Alleen maatregelen die kunnen worden toegeschreven aan een lid van de WTO zijn voorwerp van toetsing aan de WTO regels.

Laurens Ankersmit<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Promovendus aan de Vrije Universiteit, Amsterdam.